Comodoro Rivadavia, de octubre de 2010.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"S. M. L. C/ P., M. E. E. Y T., M. O. Y M., M. C. S/ EJECUTIVO", Expte. N°. 396/2010,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución N° 1, Secretaria N° 2(Expte. N° 259/2006), por haber sido apelada a fs. 51, por la parte actora, la resolución de fs. 49/50 vta.

A fs. 53/55 vta., se agravia la recurrente, en cuanto la resolución impugnada reduce de oficio la cláusula penal pactada por las partes en la cláusula cuarta del contrato de locación base de la presente acción. Señala que la falta de oposición o cuestionamiento por parte de los demandados a la multa convencional, teniendo la posibilidad de hacerlo, impide al sentenciante reducirla oficiosamente. Entiende que en tales condiciones existe violación al principio de congruencia y lesión al derecho de propiedad del actor. Efectúa reserva del caso federal.

A fin de comenzar el tratamiento del recurso traído, corresponde señalar que la Sala ha tenido oportunidad de expedirse, en los autos "B. R. P. c/ B., C. J. y Otra s/ Ejecutivo" Expte. N° 11.585/00 S.D N° 51/00, "C., F. c/ S., H. P. y Otro s/ Ejecutivo" Expte. Nro. 11.790/00 S.D. N° 10/04 y en "S., B. c/ B., J. C. y Otra s/ Ejecutivo" Expte. N° 14.685/04, S.D. N° 04/05 respecto de la facultad que conforme el art. 656 del C.C, tienen los jueces de reducir las penas que resultan desproporcionadas con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configurando un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.

En tal sentido, hemos afirmado que el principio de la inmutabilidad de la pena no es absoluto, sino que indica simplemente que ello es así mientras no se suscite un conflicto con otros principios de mayor jerarquía rectores del ordenamiento jurídico, que consagran la supremacía del orden público y de la mora sobre los fueros de la autonomía de la

voluntad particular y que aun cuando admitiendo que el juez está facultado para morigerar de oficio los intereses moratorios y punitorios, tal facultad es de carácter excepcional y debe ser ejercida con suma prudencia a fin de que las penas convencionales no pierdan su razón de ser, siendo menester que la desproporción sea grave y manifiesta debiendo el juzgador analizar la particulares circunstancias de cada caso.

En tal sentido, sabido es que la cláusula penal, cumple una doble función: a)entra en el lugar de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la mora, y b) posee una función compulsiva, tendiente a ejercer coerción sobre el deudor para obligarlo a respetar los plazos pactados en el contrato, ley para las partes (art. 1197 C.C), de allí que como principio, por tratarse de una cláusula que forma parte del contrato, dominado por el concepto de la autonomia de la voluntad, los jueces deben ejercer con prudencia su facultad de alterar el carácter de inmutabilidad que es de su naturaleza (en igual sentido Llambías J.J. "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones" T I, p. 387, Nro. 316).

Dentro de tal tesitura, se afirma que los presupuestos para considerar excesiva a una cláusula penal están vinculados por un lado, a la falta de equilibrio moral entre la importancia de la pena establecida y el reproche o censura que ha merecido la conducta del deudor, para lo cual el juez debe ponderar el valor de las prestaciones y las demás circunstancias del caso (presupuestos objetivos) y por otro, con la existencia de un "abusivo aprovechamiento de la situación del deudor" (presupuesto subjetivo) que se

traduzca en una desventaja evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Con tales pautas, corresponde determinar, en el caso concreto, si el aquo, procedió correctamente al reducir de oficio la cláusula penal contractualmente pactada y en tal camino, se advierte que la reducción efectuada, no se corresponde con el análisis de razonabilidad que el ejercicio de la mentada facultad morigeradora exige.

Efectivamente, de las constancias de la causa surge que la aquí apelante inició la preparación de la vía ejecutiva por cobro de alquileres por la suma de $16.000 –correspondiente a cuatro meses de alquiler impagos- más la multa diaria estipulada en el contrato (0,5% diario), intereses legales y costas.

Sin que los codemandados debidamente citados comparecieran, el a quo, de oficio, dispuso morigerar tal cláusula penal y establecer que al monto reclamado de $16.000 se le aplicará la penalidad pactada, morigerándola al doble de la tasa activa anual que publica el Banco Nación Argentina, esto representa una tasa del 37,2% (18,6% anual) que a los fines de su calculo diario deberá ser dividida por 365 arrojando una tasa diaria del 0,10%. En este estado, cabe considerar que el monto al que asciende la multa representa $200 pesos diarios.

Con ello, teniendo en cuenta la etapa contractual en la que se produjo el cese del pago del alquiler, esto es, al mes siguiente de haberse iniciado la locación, (el contrato de locación fue suscripto el 7 de octubre de 2009, y se reclama el pago del alquiler de los meses de noviembre y diciembre de 2009 y enero y febrero de 2010); que la facultad resolutoria podía

ejercerse en los términos y plazos fijados por la ley 23.091(cláusula 15); las condiciones del inmueble locado según el inventario obrante a fs. 13/14 y la función de la cláusula penal en el sentido de constituir una liquidación por anticipado de los daños y perjuicios que en principio impide al acreedor, solicitar otra indemnización se colige que la facultad morigeradora ejercida en los presentes aparece infundada.

Es que no puede obviarse a los fines evaluar el obrar del deudor y ponderar la gravedad de la falta, el incumplimiento incurrido ocasionando la resolución contractual tempranamente, aun antes del cumplimiento de los plazos legales previstos. Otro elemento a considerar es la desproporción de la pena en relación al valor de las prestaciones, sin que el 0,5% diario aparezca desmesurado atendiendo al valor de la locación inmueble y sus características. Piénsese por caso, el valor diario de habitación de un hotel con lo cual no se aprecia un "abusivo aprovechamiento" por parte del acreedor, máxime cuando en el caso la cláusula pactada asume carácter de moratoria.

La consideración de tales extremos permiten concluir que no se dan en el caso, los presupuestos objetivos y subjetivos que habilitarían la morigeración propuesta por el a quo.

En consecuencia, corresponde revocar la resolución recurrida, en cuanto manda limitar la cláusula penal pactada en el contrato de locación.

Las costas de la Alzada, atento como se resuelve y no existiendo merito para apartarse del principio objetivo de la derrota, serán impuestas a os codemandados vencidos. A los fines de la regulación de

honorarios se tendrá en cuenta el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada, y las pautas del art. 13 de la ley XIII-4.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1)Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la actora a fs. 51 y en consecuencia, revocar parcialmente la resolución de fs. 49/50vta., únicamente respecto de la morigeración de la cláusula penal, la que se aplica conforme lo solicitado por la parte actora.

2)Costas de la Alzada a los demandados vencidos, regulando los honorarios profesionales de los Drs. J. F. L. G., N. B. L. de E., G. A. B. y C. A. R. conjuntamente en el treinta por ciento (30%) de los correspondientes a la primera instancia.

3)Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

REGISTRADA BAJO EL N° AÑO 2010

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "C y C"